Das Vereinbarungsdarlehn

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

H. Ohlhoff, Referendar

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1934

Referent: Professor Dr. Henle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag. In Jherings Jahrb. Bd. 31.
Affolter, Das verzinsliche Darlehen. In Arch. f. Bürg. Recht Bd. 26.
Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl. 1867.
Becker, in JW. 1925.
Brütt, Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht. 1908.
Clausen, Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 364 Abs. 2 und 607 Abs. 2 BGB. unter Berücksichtigung der Novationslehre. Diss. Erlangen 1908.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1927.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. II. 1902.
Demelius, Realkontrakte im bürgerlichen Recht. In Jherings Jahrb. Bd. 3.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. II, 1. 1899.
Dernburg, Pandekten. 2. Bd. 7. Aufl. 1903.
Dernburg, Lehrbuch des preußischen Rechts und der Privatrechtsnormen. 2. Bd. 4. Aufl. 1889.
Eccius, in Gruch. Beitr. Bd. 47.
Eck-Leonhard, Vorträge über das BGB. 1903.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 1908.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II, 1. 31./35. Aufl. 1930.
Freytag, Die Schuldumwandlung (Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld) nach römischem und heutigem Recht. Diss. Erlangen 1907.
Gruchot Beiträge.
Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Allgem. Teil Berlin 1926.
Hoeniger, Das Vereinbarungsdarlehen. In Arch. f. bürg. Recht Bd. 33.
Hohenstein, Zur Darlehnslehre nach BGB. Diss. Bonn 1907.
Holbeck, Darlehen durch Schuldumwandlung nach BGB. § 607 Abs. 2. Diss. Bonn 1913.
Hruza, Zur Lehre von der Novation. 1881.
Juristische Wochenschrift (JW.).
Klein, Vertragliche Aenderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses. 1907.
Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht.
Klemperer, Zu § 607 Abs. 2 BGB. In Gruch. Beitr. Bd. 43.
Koch, Das Recht der Forderung nach gemeinem und preußischem Rechte. 1859.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II 1906.
Kohler, Ueber das konsensuale Darlehen. In Arch. f. bürg. Recht Bd. 2.
Kohler, Das Vereinbarungsdarlehen. In Arch. f. bürg. Recht Bd. 33.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechtes. 1929.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1903.
Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag 1897.
Loewenwarter, Lehrkommentar zum BGB. 1928.
Lübbert, Der Kreditvertrag. In Jherings Jahrb. Bd. 32.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 1901.
Martin, Die Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden (BGB. § 607 II). Diss. Marburg 1903.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 6. u. 7. Aufl. 1914.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Abt. 1929.
Plancks Kommentar zum BGB. 2. Bd. 2. Hälfte. 4. Aufl. 1928.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Reichel, Die Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1909.
Reichsgerichtsentscheidungen.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. 7. Aufl. 1929.
Römer, Bedingte Novation. 1863.
Rümelin, Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen im BGB. In Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 97.
Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht. 1864.
Savigny, System des römischen Rechtes. Bd. I 1851, Bd. II 1858.
Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechtes. 1906.
Schlegelberger-Harmening, Das Aufwertungsgesetz. 5. Aufl. 1927.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.
Seufferts Archiv.
Siber, Kompensation und Aufrechnung, 1899.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. 1923.
Staudinger, Kommentar. 9. Aufl. 1928.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. II, 1. 1914; II, 2 1918.
Unger, Zur Lehre vom Anerkenntnisvertrag. In Jherings Jahrb. Bd. 8.
Welsch, Die Novation unter besonderer Berücksichtigung des modernen deutschen Zivilrechts. Diss. Erlangen 1907.
Windscheid, Pandekten. 1906.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 6

B. Hauptteil:

Erster Abschnitt: **Geschichtlicher Rückblick.**

I. Römisches Recht 7
1. Tatbestand des mutuum 7
2. Sonderfälle 8

II. Gemeines und partikulares Recht 11

Zweiter Abschnitt: **Das geltende Recht.**

I. Die scheinbaren Fälle des Vereinbarungsdarlehns 12
1. Stundung nach Darlehnsgrundsätzen
a) Rechtliche Natur 14
b) Praktische Folgen 16
2. Begründung abstrakter Schuld
a) Rechtliche Natur 17
b) Praktische Folgen 19

II. Das Vereinbarungsdarlehn (§ 607 Abs. 2 BGB.) 20
1. Konstruktionen
a) Darlehen Real- oder Konsensualvertrag? 21
b) Eigene Konstruktion des Vereinbarungsdarlehns . . 24
c) Andere Konstruktionen 24
d) Rechtsprechung 26
e) Vereinbarungsdarlehen und Novation 28
2. Rechtsfolgen
a) in materiellrechtlicher Beziehung 29
α) bei Mängeln der alten Schuld 29
aa) Nichtigkeit 29
bb) Anfechtbarkeit 30
β) bei Einreden gegen die alte Schuld 30
aa) Dauereinreden (Verjährung) 31
bb) aufschiebende Einreden (Stundung) . . . 31
γ) Wirkung auf Nebenrechte 31
aa) Pfänder 31
bb) Bürgschaften 31
b) in prozessualer Beziehung 32

A. Einleitung.

Die nachfolgende Darstellung sieht ihre Aufgabe darin, die rechtliche Natur des Vereinbarungsdarlehns, wie es für das geltende Recht im § 607 Abs. 2 BGB. verankert ist, zu ergründen. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, bedarf es eines einleitenden Hinweises auf die geschichtliche Entwicklung des Darlehns als Rechtsinstistut, nicht um einer beliebten Schablone im Aufbau wissenschaftlicher Untersuchungen zu folgen, sondern weil ich der Meinung bin, daß man hier ohne geschichtlichen Rückblick zu einer befriedigenden Lösung der Aufgabe nicht gelangen kann.

Bei keinem Rechtsinstistut kann man eine sowohl in seiner Konstruktion wie auch in seiner juristischen und wirtschaftlichen Bedeutung von dem jeweiligen Stand der Volkswirtschaft, insbesondere des Handelsverkehrs, so abhängige organische Fortentwicklung beobachten, wie gerade beim Darlehen. Schon hieraus wird verständlich, daß sich bereits sehr frühzeitig Zweifel und Streitfragen ergeben und zu verschiedenen rechtlichen Behandlungsformen dieses Rechtsgeschäftes geführt haben, die nicht ohne Einfluß auf seine rechtliche Bedeutung im geltenden Recht geblieben sein können.

Im ersten Abschnitt der Arbeit unterziehe ich die Entwicklung des Darlehns im römischen Recht einer kurzen Betrachtung, ausgehend von dem Darlehnsbegriff als solchem, alsdann unter besonderer Berücksichtigung der schon sehr bald auftauchenden Streitfrage über die Zulässigkeit und die juristische Konstruktion der Vereinbarung, die auf die Umwandlung einer auf anderem Rechtsgrund entstandenen Schuld in eine Darlehnsschuld abzielt.

Nach einem kurzen Rückblick auf das Vereinbarungsdarlehen im gemeinen und im partikularen Recht sollen im 2. Abschnitt der Arbeit die juristische Natur und die sich hieraus ergebenden Rechtswirkungen der Umwandlung einer bestehenden Schuld in eine Darlehnsschuld im geltenden Recht untersucht wie auch der gesetzgeberische Zweck des § 607 Abs. 2 BGB. beleuchtet werden.

B. Hauptteil.

1. Abschnitt.

Geschichtlicher Rückblick.

I.

Römisches Recht.

1. Tatbestand des mutuum.

Die Urform des Darlehns im römischen Nationalrecht der zwölf Tafeln war das nexum. Unter Beobachtung der vorgeschriebenen feierlichen Form wurde das nexum vor dem libripens und 5 Zeugen mittels der mancipatio begründet. Der Empfänger des Erzes haftete dem Gläubiger mit seiner Person für die Tilgung der übernommenen Schuld. Der Gläubiger war berechtigt, den Schuldner, der binnen einer Frist von 6 Wochen nach Fälligkeit der Schuld nicht ausgelöst war, zu töten oder trans Tiberim zu verkaufen. Die lex Poetelia (315 v. Chr.) und die lex Vallia (etwa 200 v. Chr.) beseitigten diese strenge Haftung des Schuldners mit seiner persönlichen Freiheit und dem Leben. Das nexum kam außer Uebung. An seine Stelle trat das mutuum, das Darlehen des ius gentium; gewohnheitsrechtlich fand dieses Rechtsinstistut auch im Verkehr unter den cives Romani Eingang. Die feierliche Entstehungsform des nexum war damit einem in seiner Begründung formfreien Rechtsgeschäft gewichen.

Das mutuum des ius civile ist Realkontrakt. Es entsteht durch consensus plus datio rei. In den Quellen heißt es: „re contrahitur obligatio mutui datione“ [1]) und „mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia“ [2]). Die Kontraktverpflichtung entstand durch die res in ihrer Bedeutung als datio rei. Hierdurch wird das mutuum als Realkontrakt gekennzeichnet in Unterscheidung zum Konsensualvertrag, der allein mit der Willenseinigung (consensu) zur Entstehung kommt. Durch den consensus allein konnte ein klagbares pactum de mutuo dando nicht begründet

1) l. 1, 2 D de obligationibus et actionibus 44, 7.
2) l. 2, 1 D de rebus creditis 12, 1: „mutuu datio consistit in his rebus . . .“

werden. Es bedurfte hierzu vielmehr einer stipulatio, die „verbis" zur Entstehung gelangte. Ebenso wurde der vom mutuum ganz unabhängige Anspruch auf Zinsen durch die stipulatio klagbar begründet. Gegenstand des mutuum waren vertretbare Sachen [3]): denn nur die Vertretbarkeit gewährt die dem Darlehen eigentümliche Möglichkeit, die Schuld durch Rückerstattung von Sachen gleicher Qualität und Quantität zu tilgen. Der Darlehnsnehmer wurde mit dem Empfang des Dargeliehenen Eigentümer der ihm übergebenen Sachen [4]).

2.

Sonderfälle.

Die das mutuum als Realkontrakt kennzeichnende und den Anspruch auf Rückerstattung allein begründende res geschah ursprünglich durch unmittelbare körperliche Hingabe der Sache. Als sich im Laufe der Zeit die brevi manu traditio als Surrogat der Eigentumsübertragung Anerkennung verschafft hatte, wurde auch in ihr das Erfordernis der res für die Begründung des Darlehns als gewahrt angesehen. Ohne von dem Grundsatze „re contrahitur" abzuweichen, konnte die unmittelbare Hingabe durch die brevi manu traditio ersetzt werden. Den sich fortgesetzt steigernden Ansprüchen, die das mit der Zeit mächtig aufblühende Wirtschaftsleben des römischen Weltreiches an den rechtsgeschäftlichen Verkehr stellte, vermochte auf die Dauer diese Erleichterung in der Entstehung des Darlehns jedoch nicht zu genügen. Die Rechtsentwicklung folgte den Bedürfnissen des Lebens zunächst dadurch, daß die Möglichkeit der Umwandlung eines depositum in ein mutuum anerkannt wurde. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Umwandlung wird in zwei Quellenstellen von Africanus und Ulpianus (übereinstimmend) belegt.

Africanus sagt [5]), ein Darlehen entsteht, wenn vereinbart wird, daß der Depositar bei ihm deponiertes Geld als Darlehn empfangen soll; denn dann werde das bisher im Eigentum des Deponenten stehende Geld Eigentum des anderen und damit Darlehen. Auch hier ersetzt also die brevi manu traditio die bisher geforderte unmittelbare Hingabe.

Der Tatbestand, der dem von Ulpianus besprochenen Falle zugrunde liegt [6]), ist ähnlich. Jemand hat Geld hinterlegt. Der Hinterleger gestattet ihm später, es zu nutzen. Ulpianus bestätigt den schon früher von Nerva eingenommenen Stand-

---

3) l. 2, 3 D de rebus creditis 12, 1.

4) oedem L. 2, 2: „appellata est autem mutui datio ..."

5) l. 34 pr. D mandati vel contra 17, 1: „nec huic simile esse quod ..."

6) l. 9, 9 D de rebus creditis 12, 1: „deposui apud te decem, postea ...."

punkt, daß man so ein mutuum begründen könne. Er belegt diesen Vorgang in Uebereinstimmung mit Marcellus damit, daß der Depositar den animus possidendi gefaßt habe; folglich, Depositar und den jetzigen Darlehnsschuldner über. An die Stelle so fährt Ulpianus fort, gehe die Gefahr auf den bisherigen der actio depositi directa des Deponenten tritt die condictio certae creditae pecuniae. Auch hier erkannte man die datio rei mit der brevi manu traditio als gewahrt.

Den Abschluß in der Entwicklung der Begründung des mutuum bildet die Anerkennung der Umwandlungsmöglichkeit einer auf anderem Rechtsgrund beruhenden Verbindlichkeit in eine Darlehnsschuld.

Ulpianus[7]) konstruiert die Begründung des Darlehns aus einer Mandatsschuld. Er weist zunächst darauf hin, daß in gewissen Fällen die Entstehung eines Darlehns angenommen werden müsse. Wenn zum Beispiel A seinen Schuldner B anweist, dem C Geld zu geben, so wird C dem A unstreitig darlehnsmäßig verpflichtet, obgleich er von A das Geld nicht unmittelbar erhalten hat. Wenn dieses aber zwischen zwei Personen zulässig sei, so folgert Ulpianus, dann müsse man die klagbare Begründung einer Darlehnsschuld auch dann annehmen, wenn Schuldner und Empfänger des Geldes identisch seien. Deshalb erscheint ihm bei der Vereinbarung, die darauf abzielt, daß der Mandatsschuldner das geschuldete Geld als Darlehn behalten soll, das Erfordernis der res mit der fingierten duplex numeratio gewahrt. Einerseits wird die Bezahlung der alten Schuld, andererseits die Hingabe des zu erhaltenden Geldes als Darlehen fingiert. Diese Fiktion muß aber auch bei jeder auf beliebiger causa beruhenden Schuld, sofern diese auf die Leistung von Geld oder von anderen vertretbaren Sachen gerichtet ist, zur Begründung eines Darlehns führen können. Man darf deshalb mit Recht annehmen, daß nach Justinianischem Recht das Vereinbarungsdarlehen allgemein anerkannt war, wenn auch Ulpianus es nur aus einer Mandatsschuld konstruiert hat[8]).

---

7) l. 15 D de rebus creditis 12, 1: „singularia quaedam recepta sunt ....“

8) Vgl. u. a. Martin a. a. O. S. 8. Hierfür sprechen auch zwei weitere Digestenstellen, nämlich l. 1. 40 D 4, 4 de minoribus XXV annis: „minor annis viginti quinque ....“, sowie l. 3, 3 D 14, 6 de Senatus Consulto Macedoniano: „id autem solus senatus consultus offendit ....“ Hieraus ergibt sich, daß ein Vereinbarungsdarlehn aus jeder beliebigen in Geld oder sonstigen Fungibilien bestehenden Schuld begründet werden konnte, und daß das Vereinbarungsdarlehn im römischen Recht nicht zu den Seltenheiten gehörte. Vielmehr läßt sich aus seiner wiederholten Erwähnung im corpus juris civilis mit Recht entnehmen, daß sich gerade diese Form der Begründung des mutuum einer gewissen Beliebtheit erfreute.

In nur scheinbarem Widerspruch hierzu steht der andere bekannte Fall in den Digesten[9]), wo Africanus zu einem nur äußerlich ähnlichen Tatbestand Stellung nimmt. Den schon im gemeinen Recht darüber geführten Streit in seinen Einzelheiten zu verfolgen, würde zu weit vom Thema abführen[10]). Er wird auch bis in die neueste Zeit mit unverminderter Schärfe fortgeführt. Ich fasse beide Tatbestände als in sich verschieden auf.

Der Untersuchung von Africanus liegt etwa folgender Sachverhalt zugrunde: Der Procurator des Lucius Titius bittet seinen Geschäftsherrn brieflich, ihm einen Geldbetrag, den er von dessen Schuldnern auftragsgemäß einkassiert hatte, gegen Zahlung angemessener Zinsen als Darlehen zu überlassen. Ueber eine ausdrücklich zustimmende Antwort des Titius sagt die Quellenstelle nichts. Aus dem Tatbestand muß jedoch entnommen werden, daß dieser seinem Procurator ein Darlehen aus eigenem Antriebe nicht angeboten hätte, wenn die Mandatsschuld nicht bestanden hätte. In dem Einverständnis des Titius aber mit dem Behalten des Geldes durch den Procurator liegt noch nicht, wie Africanus mit Recht sagt, die Begründung einer auf Darlehns-causa beruhenden neuen Schuld. Hier wird vielmehr lediglich die alte Schuld gestundet. Deshalb ist auch das Ergebnis, das Africanus aus dem zur Entscheidung stehenden Falle zieht, richtig, daß nämlich in so gelagerten Fällen nuda pactione die Verwandlung einer auf anderer causa beruhenden Verpflichtung in eine Darlehnsschuld nicht geschehen könne. Er bringt damit zum Ausdruck, daß die Initiative bei der Begründung eines Vereinbarungsdarlehns nicht vom Schuldner ausgeht, auch wenn der Gläubiger seinem Wunsche entspricht und von der sofortigen Geltendmachung seines an sich fälligen Anspruches absieht.

Der Ulpianus zur rechtlichen Beurteilung vorliegende Tatbestand war ein wesentlich anderer. Hier geht die Initiative vom Darlehnsgeber aus. Es heißt nämlich in der Quellenstelle[11]) ausdrücklich: „Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam". Ulpianus erkennt das Zustandekommen eines Darlehns durch Vereinbarung „bei Gelegenheit einer bestehenden Schuld" an. Aus dem Wortlaut und dem Sinn des seiner Aeußerung zugrunde liegenden Falles geht unverkennbar hervor, daß der Darlehnsgeber auch für den Fall des Nichtbestehens der Schuld dem Darlehnsnehmer den Abschluß eines Darlehnsvertrages

---

9) l. 34 pr. D mandati vel contra 17, 1: „qui negotia Lucii Titii procurabat ...."

10) Vgl. dazu u. a. Huschke, Die Lehre des Römischen Rechts vom Darlehen S. 63; v. Savigny, System des römischen Rechts Bd. 1 S. 281; Salpius a. a. O. S. 325.

11) l. 15 D 12, 1.

angeboten hätte und daß er hinsichtlich der Begründung der Darlehnsverbindlichkeit lediglich von dem effektiven Hin- und Herzahlen des Geldes absehen will. Die reale Natur des Darlehnsvertrages läßt Ulpianus denn auch mit der fingierten duplex numeratio unangetastet.

Bei einer solchen Betrachtung der beiden Tatbestände löst sich der scheinbare und noch heute allseitig angenommene [12]) Widerspruch.

So spiegelt sich in der Geschichte der realen Begründung des mutuum, ausgehend von der ursprünglich geforderten körperlichen Hingabe der Fungibilien über die brevi manu traditio bis zum Vereinbarungsdarlehn durch die Fiktion der duplex numeratio der Aufschwung des römischen Wirtschaftslebens, dessen stets steigenden Anforderungen an leichtere Begründungsformen des Darlehns die römische Rechtswissenschaft zu genügen verstand, ohne an der realen Natur des Darlehnsvertrages zu rühren.

II.

Gemeines und partikulares Recht.

Im deutschen Recht spielte das Darlehn als solches eine nur untergeordnete Rolle, einmal wegen des sich noch in primitiven Formen abspielenden Warenverkehrs, dann aber auch wegen des Zinsverbotes des kanonischen Rechts, das der Entwicklung einer ausgeprägten Kreditwirtschaft und damit der rechtlichen Anerkennung eines Darlehnsvertrages hindernd im Wege stand.

Erst mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurde die Möglichkeit, eine auf beliebiger causa beruhende Schuld in eine Darlehnsschuld zu verwandeln, auch hier anerkannt. Ueber die Gültigkeit einer so entstandenen Verpflichtung herrschte kein Streit, wenn auch vielfach die Ansicht vertreten wurde, daß die Umwandlung einer Schuld in ein wirkliches Darlehen voraussetze, daß sich wirklich Geld aus dem Vermögen des Gläubigers im Besitze des Schuldners befinde [13]).

Das partikulare Recht hat diese Frage verschieden behandelt. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen enthält im § 1071 die ausdrückliche Vorschrift, daß ein Darlehen entsteht: „wenn die Vertragschließenden dahin übereinkommen, daß der Erborger vertretbarer Sachen, welche er dem Darleiher aus einem anderen Grunde schuldig ist, als Darlehen behalten soll".

---

12) Vgl. u. a. Martin a. a. O. S. 6; Koch, Recht der Forderungen, 2. Aufl. Band III S. 307.

13) Vgl. Brinz, Pand. II § 390 f.; Keller, Pand. § 295; Römer a. a. O. S. 8 f.

Eine ähnlich eindeutige Bestimmung finden wir in dem partikularen Recht sonst nicht. Meinungsverschiedenheit[14]) besteht insonderheit über die Frage, ob das Allgemeine Landrecht das Vereinbarungsdarlehn gekannt hat. Aehnlich wie das Preußische Recht verhält sich hinsichtlich des Vereinbarungsdarlehns das Badische Landrecht, das eine ausdrückliche Bestimmung ebenfalls nicht enthält. Jedoch wird nach § 1271 Ziff. 1 a. a. O. die Umwandlung jeglicher Schuld in eine andere durch novatorisches Rechtsgeschäft ermöglicht.

2. Abschnitt.

Das geltende Recht.

I.

Die scheinbaren Fälle des Vereinbarungsdarlehns.

Das geltende Recht hat sich mit der Aufnahme der Bestimmung des § 607 Abs. 2 ausdrücklich für die rechtliche Zulässigkeit der Umwandlung einer bestehenden Schuld in eine Darlehnsschuld entschieden. Die Gesetzesvorschrift lautet:

„Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen."

Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung läßt jedoch eine einheitliche Auffassung über ihre rechtliche Bedeutung innerhalb der Beratungskommission nicht erkennen. Die Motive[15]) rechtfertigen die Annahme der Vorschrift zum mindesten als durch die Vorsicht geboten. Denn sonst wäre der Gläubiger, der auf Grund der Vereinbarung auf Rückgabe des Darlehns klagt, aber auf die Einrede des Beklagten, es liege begriffsmäßig kein Darlehen vor, auf den alten Schuldgrund zurückgeht, gegen den Einwand unzulässiger Klageänderung nicht geschützt. Im übrigen lassen die Motive die Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Gesetzesbestimmung unentschieden. Es heißt in ihnen lediglich, daß die Vorschrift an sich die einwandfreie Verbindlichkeit der bisherigen Schuld voraussetze, keineswegs aber darüber bestimme, ob und inwiefern der Schuldner mit Einwendungen aus den

14) Dernburg, Preußisches Privatrecht II S. 38 Anm. 14, hält unter Hinweis auf die §§ 866, 867 I, 11 ALR. die Möglichkeit einer Schuldumwandlung für nicht ausgeschlossen. Aehnlich Koch: „Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preußischem Recht", der eine solche Annahme als gewagt ansieht. Vgl. auch Gruchot in Gruch. Beitr. Bd. 12 S. 677.

15) Motive Band 2 S. 312 zu dem mit § 607 Abs. 2 inhaltlich übereinstimmenden § 454 des ersten und zweiten Entwurfs.

früheren Schuldverhältnissen sich zu schützen vermöge. Darüber hätten andere Vorschriften zu entscheiden [16]).

Auch in den Protokollen [17]) findet sich keine das Problem klärende Darlegung. Aus ihnen ist vielmehr zu entnehmen, daß es innerhalb der Kommission an einer einheitlichen Auffassung über die rechtliche Bedeutung und Tragweite der Bestimmung fehlte. Von der einen Seite wurde dargelegt, die Umwandlung einer bestehenden Schuld in eine Darlehnsschuld sei nicht so zu verstehen, daß mit der Tilgung der alten Verbindlichkeit eine neue entstehe, sondern es entspreche der heutigen Rechtsanschauung, daß die frühere Schuld fortan als Darlehnsschuld so fortbestehen solle, als ob sie von vornherein eine solche gewesen wäre. Andererseits müsse häufiger wegen des im Verkehr mit der Umwandlung bezweckten Anerkenntnisses, worüber ein Schuldschein ausgestellt zu werden pflege, die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit erblickt werden. Dem wurde von anderer Seite entgegengehalten, daß die rechtliche Natur der Vereinbarung im Einzelfall eine sehr verschiedene sein könne. Aus der Ausstellung eines Schuldscheines allein könne keineswegs hergeleitet werden, daß damit ein eigentliches Anerkenntnis verbunden sei. Es komme weniger auf die objektiven Merkmale des Umwandlungsaktes als vielmehr darauf an, die jeweilige Absicht der Parteien zu ermitteln und das gewonnene Ergebnis zum Ausgangspunkt der Untersuchung nach der rechtlichen Tragweite der Vereinbarung zu machen [18]).

Demnach läßt die Entstehungsgeschichte des § 607 Abs. 2 eine einheitliche Auffassung über die rechtliche Natur des Umwandlungsvertrages durchaus vermissen und verweist die Aufgabe ihrer Ergründung an Wissenschaft und Praxis. Das hat bei der großen Bedeutung der im Verkehr außerordentlich häufigen Umwandlung bisheriger Schulden in Darlehnsverbindlichkeiten zu lebhaftem Meinungsstreit geführt. Zu einem einheitlichen Ergebnis sind aber auch diese Untersuchungen nicht gekommen, wenn schon sie von der allen Bearbeitern gemeinsamen Erkenntnis ausgehen, daß für die Tragweite des Umwandlungsvertrages in erster Linie der in konkretem Falle zu erforschende Wille der Parteien zugrunde zu legen sei [19]).

---

16) Motive Band 2 S. 312.
17) Protokolle S. 42.
18) Protokolle S. 43.
19) Dagegen Klein a. a. O. S. 48, der einwendet, die rechtliche Natur des Umwandlungsvertrages lasse sich nicht aus dem Parteiwillen herleiten, da dieser sich praktisch nicht feststellen lasse. Dem ist mit Recht von Holbeck a. a. O. S. 10 entgegengehalten, daß die praktische Schwierigkeit, die nicht verkannt werden solle, nicht dazu führen könne, die Untersuchung nach dem Willen von vornherein auszuschließen.

Die in der Literatur und Rechtsprechung vorwiegend vertretene Auffassung über die rechtliche Natur der in § 607 Abs. 2 geregelten Vereinbarung geht dahin, der gesetzgeberische Zweck dieser Vorschrift lasse einen dreifachen rechtlichen Inhalt der diesbezüglichen Abrede zu und zwar könne

a) das bisherige Schuldverhältnis nach wie vor als Rechtsgrundlage derart fortbestehen, daß der Anspruch künftighin lediglich hinsichtlich Verzinsung, Kündigung etc. nach Darlehnsgrundsätzen zu behandeln sei[20]),

b) mit der Abrede unter Beobachtung der Schriftform ein vertragsmäßiges Anerkenntnis der Schuld mit der Wirkung der Begründung eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses im Sinne der §§ 780, 781 BGB. verbunden sein,

c) mit der Abrede der Schuldgrund so umgewandelt werden, daß an die Stelle der bisherigen Schuld ein materielles Darlehn tritt.

Von dieser dreifachen Variation des § 607 Abs. 2 BGB. weiche ich grundsätzlich insofern ab, als ich die unter a) und b) gekennzeichneten Versionen nicht als echte Fälle der Gesetzesbestimmung anzuerkennen vermag und nur die unter c) herausgestellte Konstruktion — die der Schuldgrundumwandlung — als der Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB. unterfallend gelten lasse. Es kommt mir deshalb im folgenden darauf an, jene für mich nur scheinbaren Fälle des § 607 Abs. 2 als solche zu kennzeichnen und vom echten Vereinbarungsdarlehen abzugrenzen, dieses dadurch von allem Beiwerk zu befreien und so den Weg zu einer Klarstellung seines Wesens und seiner praktischen Konsequenzen frei zu machen.

1.

Stundung nach Darlehnsgrundsätzen:

a) Bereits bei der Beratung des zweiten Entwurfs zum BGB. ist, worauf oben bereits hingewiesen wurde, die Auffassung vertreten worden, daß es sich bei einer vertraglichen Schuldumwandlung in ein Darlehen im Sinne des mit § 607 Abs. 2 BGB. inhaltlich übereinstimmenden § 454 des zweiten Entwurfs lediglich um eine Umgestaltung der alten Schuld handelt, „die von nun an so fortbestehen solle, als ob sie von Anfang an als Darlehnsschuld begründet sei“[21]). Hieran anknüpfend ist vielfach in Theorie[22])

---

20) sogen. „Abänderungsvertrag“; vgl. Enneccerus I, 2 § 362 III in Verbindung mit § 265.

21) Protokolle S. 42.

22) Rümelin im Arch. f. Zivil. Praxis Bd. 97 S. 257; Enneccerus I, 2 § 362 III; Planck § 607 Anm. 7; Staudinger § 607 VII c; Becker in JW. 1928 S. 2543 ff.; Krückmann S. 23 I 1; Klein

und vereinzelt auch in der Praxis [23]) die Ansicht vertreten worden, daß im Regelfalle [24]) durch die Abrede das bisherige Schuldverhältnis nicht aufgehoben, sondern nur inhaltlich in Bezug auf Nebenpunkte [25]) abgeändert würde.

Diese Auffassung war dem römischen Recht, das die vertragliche Aenderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses als eines starren unabänderlichen Rechtsbandes nicht kannte [26]), noch ganz fremd, während das gemeine Recht den wirtschaftlichen Bedürfnissen folgend sich schon von der Auffassung des römischen Rechts zu befreien [27]) begann. Das geltende Recht vollends hat insoweit den Standpunkt des römischen Rechts völlig verlassen und die Abänderung einer Schuld im Wege formloser Vereinbarung nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als Regel anerkannt. Das BGB. bestimmt die Abänderungsmöglichkeit in der ausdrücklichen Vorschrift des § 305 BGB. Der Umfang der Modifikation richtet sich nach dem offenbarten bzw. dem im konkreten Falle zu unterstellenden Willen der Beteiligten und kann sich sowohl auf den Gegenstand der Obligation durch Erweiterung oder Verminderung des Inhaltes der Schuld als auch auf den Ersatz des bisherigen Inhaltes durch einen neuen, z. B. durch Aufnahme oder Beseitigung von Nebenabreden beziehen [28]). Den Bestand des Schuld g r u n d e s dagegen läßt der Abänderungsvertrag unberührt [29]). Er bleibt das unveränderte Fundament der Obligation, ohne das diese in sich zusammen fallen würde. Wird der Schuldgrund beseitigt und durch einen neuen ersetzt, so haben wir es nicht mehr mit einer Inhaltsänderung zu tun.

Voraussetzung der Gültigkeit der abgeänderten Schuld ist der rechtliche Bestand der früheren Obligation. Der Vertragsschluß kann grundsätzlich formlos geschehen und ist nur in den Fällen, in denen das Gesetz die Entstehung der Forderung an die

---

a. a. O. S. 36 ff. mit der Begründung, § 607 Abs. 2 enthalte eine Spezialbestimmung des § 305 BGB.

23) RG. in JW. 1903 S. 219; RG. in JW. 1911 S. 151; OLGE. Bd. 24 S. 366.

24) a. A. S c h ö n i n g e r a. a. O. S. 301, der einen auf Modifikation der fortbestehenden Schuld gerichteten Parteiwillen als äußerst selten vorkommend annimmt.

25) Vgl. K l e m p e r e r in Gruch. Beitr. 1899 Bd. 43 S. 571.

26) Vgl. hierzu D e r n b u r g Bürgerliches Recht II S. 268; K l e i n, Untergang der Forderung durch Zweckerreichung S. 14 ff. Eine Abänderung konnte nach römischem Recht nur im Wege der Novation erfolgen, d. h. durch Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer neuen in einem Akt oder durch Aufhebung des alten Schuldverhältnisses und Begründung eines neuen mit verändertem Inhalt.

27) D e r n b u r g, Pand. II S. 132.

28) W i n d s c h e i d S. 327; B r i n z, Pand. S. 244 f.

29) Dagegen B r i n z S. 245, der auch die Abänderung der causa als möglich anerkennt.

Beobachtung gewisser Formen knüpft, wie z. B. nach §§ 518, 761 BGB. an solche gebunden [30]).

b) Aus der Zulässigkeit der vertraglichen Inhaltsänderung einer Obligation ergibt sich, daß eine bestehende Schuld in der Weise geändert werden kann, daß diese unter Wahrung ihrer Wesensidentität einen darlehnsmäßigen Inhalt annimmt, der sich auf Nebenpunkte bezüglich Verzinsung, Kündigung, Leistungs- und Erfüllungsort erstrecken kann.

Eine solche Vereinbarung berührt gemäß § 767 Abs. I Satz 2 und 3 BGB. einen etwaigen Bürgen grundsätzlich nicht. Ist für die Forderung ein Pfandrecht an einem Gegenstande bestellt, der nicht im Eigentum des Schuldners steht, so wird es gemäß § 1210 Abs. 1 Satz 2 BGB. auf die mit der Vereinbarung übernommene erhöhte Zinsverpflichtung ebenfalls nicht erweitert. Ferner bleiben etwaige Einwendungen oder Einreden aus der bisherigen Schuld dem Schuldner erhalten. Er kann demgemäß z. B. nach wie vor geltend machen, daß das Schuldverhältnis als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei.

Auf die Verjährungsfristen wirkt der Abänderungsvertrag nur insoweit ein, als diese gemäß § 202 BGB. gehemmt werden, wenn der Inhalt der Vereinbarung einer Stundung entspricht. Sind außerdem Zinsen für die Zukunft bedungen, so würde in jeder Zinszahlung eine Anerkennung der Schuld gemäß § 208 BGB. liegen, die den Lauf der Verjährung unterbricht. Der Eintritt der für das Darlehen nach § 195 BGB. geltenden dreißigjährigen Verjährungsfrist wird dagegen durch die Vorschrift des § 225 BGB. ausgeschlossen, der eine Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft schlechthin verbietet [31]).

Steht somit fest, daß eine Abänderung der fortbestehenden Schuld nach Darlehnsgrundsätzen durchaus möglich ist, wenn die Parteien das bei der Abrede gewollt haben, so entsteht jetzt die Frage, ob diese Vereinbarung der Gesetzesnorm des § 607 Abs. 2 BGB. unterliegt. Diese Frage ist zu verneinen.

Bereits aus dem Wortlaut des § 607 Abs. 2 BGB. ist zu entnehmen, daß hier nicht an solche Fälle gedacht sein kann, die lediglich eine Aenderung des Inhaltes des Schuldverhältnisses bezwecken. Das Gesetz sagt wörtlich: „Wer Geld ... aus einem anderen Grunde schuldet, kann ... vereinbaren, daß das Geld ... als Darlehen geschuldet werden soll." Damit ist eindeutig ausgesprochen, daß eine diesbezügliche Vereinbarung auf die Begründung eines neuen kausalen Schuldverhältnisses abzielen

30) A. A. wohl nur Enneccerus I, II § 265 Anm. 6.

31) A. A. Martin a. a. O. S. 59, der die Bedeutung des § 607 Abs. 2 BGB. darin erblickt, daß unter Fortbestehen der alten causa für die abgeänderte Schuld alle Rechtswirkungen des Darlehns eintreten. Diese Auffassung halte ich für unvereinbar mit der zwingenden Vorschrift des § 225 BGB.

muß. Eine solche Schuld g r u n d umwandlung ist aber, wie oben dargelegt wurde, keine Inhaltsänderung der fortbestehenden alten Obligation. Wenn das Gesetz weiter sagt, daß das Geschuldete als Darlehen geschuldet werden soll, so geht daraus hervor, daß es im vollen Umfange wie eine Darlehnsschuld zu behandeln ist. Es ist aber bereits darauf hingewiesen worden[32]), daß bei bloßer Inhaltsänderung hinsichtlich der Verjährungsfrist lediglich eine Hemmung bzw. eine Unterbrechung eintritt, nicht aber die dreißigjährige Verjährungsfrist für das Darlehn Platz greift. Schließlich ergibt auch die Entstehungsgeschichte des § 607 Abs. 2 daß eine bloße Inhaltsänderung nicht Gegenstand der in ihm geregelten Vereinbarung sein kann. Der Gesetzgeber wollte, was schon berührt wurde, mit der Aufnahme der Vorschrift den Gläubiger, der aus dem Darlehen klagend im Prozeß auf den alten Schuldgrund zurückgreift, gegen den Einwand der unzulässigen Klagänderung seitens des Beklagten schützen. Dieser Zweck würde aber verfehlt, wollte man in der Vereinbarung eine Inhaltsänderung des fortbestehenden alten Schuldverhältnisses erblicken; denn der aus Darlehen klagende Gläubiger würde den ihm obliegenden Beweis der behaupteten Schuld nicht führen können, da eine Darlehnsschuld durch den Vertrag tatsächlich nicht begründet ist. Deswegen würde es weiterhin zweifelhaft erscheinen, ob nicht in einem solchen Falle in dem Zurückgehen auf den wirklichen Schuldgrund eine unstatthafte Klagänderung im Sinne des § 264 ZPO. enthalten ist[33]). Es ist selbstverständlich, daß nicht überall da, wo die Umwandlung eines Schuldverhältnisses in eine Darlehnsschuld vereinbart wird, ein für alle mal einheitliche Rechtsfolgen eintreten sollen. Das widerspräche dem Prinzip der Vertragsfreiheit im Schuldrecht. Wo sich eindeutig ergibt, daß die Beteiligten die Fortsetzung der alten Schuld nach Darlehnsgrundsätzen gewollt haben, oder wo ein solcher Wille aus dem wirtschaftlichen Zweck des Vertrages zu entnehmen ist, liegt nicht der echte Fall des Vereinbarungsdarlehns nach § 607 Abs. 2 BGB. vor, sondern eine vertragliche Inhaltsänderung gemäß § 305 BGB. Diese Bestimmungen sind nicht miteinander in Verbindung zu bringen, wie auch die Auffassung, § 607 Abs. 2 sei nur ein Ausfluß aus § 305 BGB.[34]) als irrig abzulehnen ist.

2.

Begründung einer abstrakten Schuld.

a) Ganz anders als der oben besprochene scheinbare Fall des Vereinbarungsdarlehns liegt der zweite, der die Begründung einer abstrakten Schuld zum Inhalte hat. Im Gegensatz zur Inhalts-

32) Vgl. S. 16.
33) Vgl. O e r t m a n n zu § 607 Bem. 2 b.
34) So K l e i n a. a. O. S. 41.

änderung der alten Verbindlichkeit entsteht hier eine neue Schuld unter gänzlicher Loslösung von der alten und zwar wird entweder an die Stelle der bisherigen Obligation eine neue auf eigene Füße gestellt, oder es tritt eine selbständige, von der kausalen Obligation ganz unabhängige neue Schuldverbindlichkeit kumulativ an ihre Seite.

Bähr[35]) hatte in seiner Schrift „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" bereits für das gemeine Recht die Auffassung vertreten, daß eine bestehende Verbindlichkeit niemals in eine andere materielle Schuld, also auch nicht in ein Darlehen umgewandelt werden könne. Eine solche Annahme bezeichnet er als widersinnig. Das Charakteristische eines derartigen Rechtsgeschäftes sei vielmehr die Schaffung einer abstrakten Schuld, für welche das „Darlehen" nur seinen Namen hergeben könne. Mit solcher Bezeichnung sei ohne Zweifel die Absicht der Parteien auf Beseitigung des früheren Schuldgrundes ausgesprochen. Die Ausstellung des Darlehnsscheines habe die Bedeutung der eigentlichen privativen Novation, die aber nur eine Formalobligation, eine stipulato debiti, darstelle. Diese abstrakte Schuld könne nur dem Darlehen analoge Rechtswirkungen erzeugen.

Windscheid[36]) hat die Lehre Bährs gemildert, indem er neben der Schaffung eines materiellen Darlehns die Möglichkeit der Bründung einer abstrakten Verbindlichkeit in dem von Bähr vertretenen Sinne anerkannte, wenn solches der Absicht der Beteiligten und dem Zweck der Vereinbarung im konkreten Falle entspricht.

Unter dem Einfluß der Bähr'schen Lehre hat die Begründung abstrakter Schuldverpflichtungen eine besondere gesetzliche Regelung im BGB. in den §§ 780, 781 gefunden.

In der Literatur[37]) und besonders in der Rechtsprechung[38]) ist die Begründung einer abstrakten Schuldverpflichtung als eine Rechtswirkung des Umwandlungsvertrages gemäß § 607 Abs. 2 BGB. besonders im Hinblick auf die in der Regel damit verbundene Ausstellung einer Schuldurkunde angenommen worden. Diese Auffassung scheint in den Materialien eine Stütze zu finden[39]). Ein abstraktes Rechtsgeschäft liegt dann vor, wenn der Wille der Parteien auf die Begründung eines von einem bestimmten Rechtsgrund losgelösten Anspruches gerichtet ist und das Schuldverhältnis

35) a. a. O. S. 275 ff.

36) Windscheid a. a. O. II, § 354 Anm. 2.

37) Klemperer a. a. O. S. 571 ff.; Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis S. 61 f.; Rümelin, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 97 S. 258, 309 ff.; Crome, System § 188 A. 30, § 248 A. 17, 20; Endemann § 142, 19; Kuhlenbeck I S. 607; Planck II § 607 A. 7; Schöninger a. a. O. S. 288 f.

38) RG. in Gruch. Beitr. Bd. 49 S. 916, Bd. 54 S. 917; RGR. in JW. 1906 S. 550; RG. in Warn. E. 1911 Nr. 232.

39) Vgl. oben S. 13.

seine verpflichtende Kraft lediglich aus dem Verpflichtungswillen des Schuldners schöpft[40]), während das kausale Schuldrechtsgeschäft nach seiner typischen Ausgestaltung die Leistungspflicht von dem Bestand einer bestimmten Voraussetzung (causa) abhängig macht. Wenn demnach auch der abstrakte Schuldvertrag von dem Rechtsgrund unabhängig ist, so ist dieser hinwiederum doch nicht ohne alle Bedeutung für ihn. Wer ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis eingeht, verpflichtet sich, weil und wenn er schuldet[41]). Fehlt demnach überhaupt eine Leistungsvoraussetzung (causa), so ist der Vertrag zwar wirksam, das aus ihm Geleistete ist jedoch nach § 812 Abs. 2 BGB. kondizierbar[42]).

Die Wirkung der Vereinbarung kann sowohl novatorisch als auch akzessorisch sein. Im ersteren Falle erstreckt sie sich auf den Untergang der alten Schuld mit allen für sie etwa begründeten Privilegien, sowie auf den Ausschluß sämtlicher materieller Einreden aus dem früheren Schuldverhältnis mit Ausnahme der Einwendung der Unwirksamkeit nach §§ 518 Abs. 1 Satz 2, 762 Abs. 2, § 656 Abs. 2 BGB. und § 66 BörsGes. Im letzteren Falle dagegen bleibt die alte Forderung von der neben sie tretenden abstrakten Verbindlichkeit mit allen aus ihr fließenden Rechten unberührt.

Soll mit der Umwandlung einer Schuld die Begründung eines abstrakten Schuldversprechens oder eines Anerkenntnisses bezweckt sein, so muß neben Wahrung der Schriftform ein darauf gerichteter Wille der Parteien vorliegen. Es ist zuzugeben, daß eine solche Parteiabsicht auch dann vorliegen kann, wenn der Schuldschein in seiner sprachlichen Fassung das Wort „Darlehen" enthält, da es durchaus möglich erscheint, daß in solchem Falle dem Wort Darlehen nur die Bedeutung einer Floskel beizumessen ist[43]). Aus der Wahrung der Schriftform allein die Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit herleiten zu wollen, hieße dagegen dem Willen der Parteien Zwang antun.

b) Kommt der Fall der Begründung einer abstrakten Verbindlichkeit dem Vereinbarungsdarlehen im Sinne des § 607 Abs. 2 BGB. zwar insofern näher, als die bestehende Schuld in eine andere umgewandelt wird, so handelt es sich doch auch hier nur scheinbar um einen Tatbestand, dessen Regelung diese Gesetzesbestimmung bezweckt. Dafür sprechen vornehmlich drei Gründe: Zunächst müßte man zu der Ansicht kommen, die Bestimmung des § 607 Abs. 2 BGB. sei überflüssig, da bereits die Vorschriften der §§ 780, 781 die in Frage stehenden Fälle ausreichend und befriedigend regeln. Andererseits läßt aber, wie oben bereits aus-

---

40) Vgl. Bähr a. a. O. S. 178 f.
41) Bähr a. a. O. S. 179.
42) Oertmann, Vorbem. zu § 780, 6.
43) Dernburg, Bürgerl. Recht II, 1 S. 215; Staudinger § 781 I 3 b.

geführt, der Wortlaut des § 607 Abs. 2 BGB. eindeutig erkennen, daß das Gesetz die Entstehung des echten Vereinbarungsdarlehns nicht an die Beobachtung bestimmter Formen gebunden hat, wie es dieses für die gültige Begründung einer abstrakten Schuld ausdrücklich bestimmt. Für das Zustandekommen des echten Vereinbarungsdarlehns genügt vielmehr die formlose mündliche Abrede ebenso wie für die Begründung einer gewöhnlichen Darlehnsverbindlichkeit. Abzulehnen ist die von Welsch[44]) vertretene Auffassung, im Falle des § 607 Abs. 2 BGB. sei von dem Grundsatz der Schriftlichkeit bei der Eingehung abstrakter Verbindlichkeiten abgewichen. Wollte man sich auf diesen Standpunkt stellen, so müßte man folgerichtig weiter zugeben, das Gesetz gewähre mit der Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB. die Möglichkeit einer willkürlichen Umgehung der für den Anerkenntnisvertrag a. a. St. ausdrücklich vorgeschriebenen Schriftform: dann brauchte man überall nur das Wort „Anerkenntnis" durch das Wort „Darlehen" zu ersetzen[45]). Damit wäre der vorgeschriebenen Schriftform der §§ 780, 781 BGB. jede Bedeutung abzusprechen. Schließlich spricht auch der Wortlaut des § 607 Abs. 2 BGB. gegen die Schaffung einer abstrakten Schuld. Das Gesetz hat unverkennbar die Begründung eines wirklichen, kausalen Darlehns im Auge, wenn es von der Umwandlung einer auf anderer causa beruhenden Verbindlichkeit in ein solches spricht[46]).

Ist bei einer Abrede, eine Schuld solle künftig als Darlehen geschuldet werden, ein Schuldschein mit der Bezeichnung „Darlehen" ausgestellt worden, so liegt auf der Hand, daß wohl die Parteiabsicht auf die Begründung eines abstrakten Anerkenntnisses gerichtet sein kann. Wollte man aber hierin die Begründung eines Vereinbarungsdarlehens gemäß § 607 Abs. 2 BGB. erblicken, so würde man wiederum ohne Rücksichtnahme auf das Gesetz nur von dem Parteiwillen ausgehen.

II.

Das Vereinbarungsdarlehen.

(§ 607 Abs. 2 BGB.)

Ich komme nun zu dem echten Falle des Vereinbarungsdarlehns, der die Begründung eines materiellen Darlehns bezweckt und allein der Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB. unterfällt.

---

44) Welsch a. a. O. S. 59.
45) Vgl. Martin a. a. O. S. 23.
46) Vgl. Brütt a. a. O. S. 110, der zutreffend ausführt, daß ein abstraktes Darlehen, auf das die Lehre von Crome und Schöninger letzten Endes hinausläuft, ein Widerspruch in sich sei.

1.
Konstruktionen.

Die Lehre Bährs, ein bestehendes Schuldverhältnis könne nicht in ein anderes kausales verwandelt werden, stützt sich in erster Linie auf die These, es sei ein logisches Unding, die die Darlehnsverpflichtung begründende res in ihrer Bedeutung als Vermögenshingabe durch bloße Vereinbarung ersetzen zu wollen[47]). Fehle es an der realen Aufbringung des Geldes, so könne ein materielles Darlehen nicht zustande kommen. Bähr geht also ohne weiteres davon aus, daß der Darlehnsvertrag unter allen Umständen Realvertrag sei. Dies kann aber zumindest für den Darlehnsvertrag des BGB. nicht mehr unterstellt werden.

a) Das Gesetz gibt eine klare Definition des Darlehnsvertrages nicht und trifft damit auch keine Entscheidung über sein rechtliches Wesen[48]).

Diejenigen, die das Darlehen als Vertrag zwingend realer Natur auffassen, folgern es einmal aus der historischen Entwicklung, zum andern leiten sie ihre Ansicht aus dem Wortlaut des Gesetzes her, indem sie betonen, daß nur der vertragsmäßig zur Leistung verpflichtet wird, der Geld oder andere vertretbare Sachen empfangen hat[49]). Erst die Hingabe von Fungibilien soll die streng einseitige Verpflichtung des Schuldners zur Rückerstattung begründen[50]).

Anderer Ansicht ist Schöninger[51]). Er bestreitet, daß das Darlehen überhaupt ein Vertrag ist, und kennzeichnet das Wesen desselben als einen einseitigen Kondiktionsanspruch, wogegen das Darlehnsversprechen gegenseitiger Verbalvertrag sei, in welchem der eine Teil die Hingabe einer Summe, der andere die Rückgabe von ebensoviel zuzüglich etwaiger Nebenleistungen verspricht. Schöninger folgert hieraus, daß die Hingabe kein Darlehen begründet, sondern lediglich unter der Bezeichnung als Darlehen die Bedeutung hat, daß die Bestimmungen der §§ 608 und 609 BGB. über Zinsen und Kündigung entsprechende Anwendung finden[52]). Dieser Auffassung kann schon um deswillen nicht beigetreten werden, weil gesetzliche Vor-

47) Vgl. hierzu Schöninger a. a. O. S. 298.

48) Motive II S. 306 lassen diese Frage ausdrücklich offen.

49) Vgl. Schöninger a. a. O. S. 147; Oertmann, Vorbem. zu § 607, 2; Planck, Vorbem. zu § 607 III 1.

50) So h. M. u. RG. in ständiger Rechtsprechung.

51) a. a. O. S. 145 ff., indem er die Gleichartigkeit des Darlehns mit der solutio indebiti des römischen Rechts unter Berufung auf Gajus l. 5, 3 D 44, 7 hervorhebt.

52) In ähnlichem Sinne Lübbert a. a. O. S. 367 mit der Begründung, daß die §§ 433, 535, 581 u. a. im Gegensatz zu § 607 BGB. eine Definition der betr. Verträge enthielten; außerdem sträube sich schon das Sprachgefühl gegen das Wort „Darlehnsvertrag". Dem ist ent-

schriften nicht die Aufgabe nur analoger Anwendung haben können; dieses würde aber nach Schöninger[53]) der Fall sein, wenn die unter dem Titel „Darlehen" des BGB. ausgeführten Vorschriften sich auf ein Darlehen beziehen sollen, das überhaupt begriffsmäßig kein vertragliches Darlehen ist.

Ich möchte mich anders mit der Frage auseinandersetzen und etwa sagen: Während das römische Recht unter dem ihm eigenen strengen Formalismus die Realverträge als besondere Vertragstypen anerkannte, ist für das geltende Recht nach dem Prinzip der Formfreiheit eine Unterscheidung zwischen Real- und Konsensualverträgen gegenstandslos geworden[54]).

Damit hat die Hingabe der Sachen (res) heute gegenüber dem römischen Recht eine ganz andere Bedeutung erlangt. Sie ist nicht mehr Formerfordernis, sondern nur noch Qualitätserfordernis. Sie bestimmt bestenfalls das Wesen des Vertrages; es kommt heute nicht auf die rechtliche Form, sondern auf den Erfolg (Empfang) an, darauf, daß der Darlehensnehmer die Fungibilien erhalten hat. Die Frage, wie die dargeliehenen Sachen in das Vermögen des Schuldners gelangt sind, ist für das Darlehen des BGB's. völlig belanglos. Schon hieraus ergibt sich, daß man heute von Realkontrakten im Sinne des römischen Rechts nicht mehr sprechen kann. Ob es überhaupt Realverträge gibt, erscheint damit schon zum mindesten zweifelhaft. So wird auch behauptet[55]), daß alle Verträge, die im römischen Recht Realkontrakte waren, heute zu Konsensualverträgen umgebogen sind, während von anderer Seite[56]) die Auffassung vertreten wird, daß alle auf eine Leistung gerichteten Verträge Konsensual- oder Realverträge sein können.

Der Wortlaut des § 607 Abs. 1 BGB. erscheint in dieser Beziehung schon deswegen unbefriedigend, weil aus ihm in Verbindung mit § 610 BGB. hervorzugehen scheint, daß das Gesetz auf dem Standpunkt zweier selbständiger Verträge steht. Dennoch bin ich der Ansicht, daß in der Regel mit dem Hingabeversprechen

---

gegenzuhalten, daß die Materialien wiederholt und ausdrücklich das Darlehen als Vertrag kennzeichnen.

53) a. a. O. S. 211.

54) Vgl. hierzu Henle a. a. O. S. 143 f., der nach geltendem Recht Realverträge — echte Realgeschäfte — überhaupt ablehnt, gleichzeitig aber darauf hinweist, daß empirische Realgeschäfte, insbesondere Handgeschäfte, nicht nur beim Darlehen, bei der Leihe und dem Verwahrungsvertrag, sondern auch bei der Schenkung und beim Kauf tägliche Erscheinungsformen seien.

55) Vgl. Höniger a. a. O. S. 294.

56) So insbesondere Kohler im Arch. f. bürgerliches Recht Bd. 2 S. 211 ff.; derselbe Arch. f. bürgerliches Recht Bd. 33 S. 1 ff.; Lübbert a. a. O. S. 313 ff.; Lammfromm a. a. O. S. 215; Brütt a. a. O. S. 17; Affolter a. a. O. S. 1 ff.

bereits der eigentliche Darlehnsvertrag entsteht. Sehr zu Unrecht erfreut sich die Konstruktion des Vorvertrages so großer Beliebtheit! Denn wenn man ihn im konkreten Falle schärfer unter die Lupe nimmt, so wird er in der Regel viel von seinem ursprünglichen Reiz verlieren. Sehr häufig ist nämlich im sog. Vorvertrage der Inhalt des Hauptvertrages bereits so fest umrissen, daß der Vorvertrag selbst der Hauptvertrag ist. Der Darlehnsgeber wird doch in der Praxis selten den Abschluß eines Realvertrages versprechen, sondern eben das Geld oder andere vertretbare Sachen. Anderenfalls würde aus ihm der Darlehnsnehmer zu nichts verpflichtet. Das dürfte aber im Verkehr dem Willen der Parteien nicht entsprechen.

Ist andererseits der Inhalt des Hauptvertrages so vage, daß auch der Vorvertrag nichts wert sein kann, so ist letzterer überflüssig [57]).

Wenn weiter behauptet wird, man könne nicht zurückgeben, was man nicht erhalten hat, so trifft man damit den Kern der Sache nicht. Die Verpflichtung zur Rückgabe kann beim Darlehen sehr wohl vor der Hingabe begründet werden. Dieses ist z. B. für den Abschluß eines Mietsvertrages gemäß § 556 Abs. 1 BGB. ausdrücklich vom Gesetz anerkannt [58]). Für das Wesen eines gegenseitigen Vertrages ist nicht begriffsnotwendig, daß jede Verpflichtung zuerst erfüllt wird. Die Verpflichtungen müssen nur einem einheitlichen Rechtsgeschäft angehören, in dem die Leistung des einen Teiles der Gegenwert der Leistung des anderen Teiles ist. Dies kann und wird sehr häufig beim Abschluß eines Darlehnsvertrages der Fall sein und zwar immer dann, wenn nach dem Willen der Beteiligten das Darlehen bereits mit dem Abschluß des konsensualen Vertrages und nicht erst mit dem Empfang der Fungibilien wirksam sein soll.

Aus der Tatsache jedenfalls, daß der Darlehnsvertrag hier und da mit der Sachleistung beginnt, kann allein noch nicht auf seine reale Natur geschlossen werden [59]), denn auch beim sog. Handkauf fällt der Konsensus zeitlich mit der Leistung (Uebergabe und Eigentumsverschaffung) zusammen. Gleichwohl kann und wird ähnlich wie beim Kauf auch beim Darlehen der konsensuale Vertrag der realen Leistung als Erfüllung einer aus ihm fließenden Verpflichtung zum mindesten begrifflich vorangehen. Ein gesetzlicher Zwang zum Abschluß des Darlehnsvertrages als Realvertrag in dem

---

57) In gleichem Sinne Henle a. a. O. S. 143 Anm. 4 zu § 21, der einen „Vorvertrag" zum „Realvertrag" als scholastisches Gebilde rundweg ablehnt.

58) Vgl. hierzu u. a. Eck-Leonhard a. a. O. S. 507. Henle a. a. O. S. 366 Anm. 9 zu § 51 betont ausdrücklich die enge Verwandtschaft des verzinslichen Darlehnsvertrages mit dem Mietvertrag und Dienstvertrag unter Hinweis darauf, daß alle drei auf künftige Forderungen gerichtet sind.

59) So auch u. a. Siber, Kompensation und Aufrechnung S. 144.

Sinne, daß die Hingabe der Sache allein die Verpflichtung zur Rückerstattung begründet, besteht jedenfalls für das geltende Recht nicht. Entscheidend für die reale bzw. konsensuale Natur des Darlehnsvertrages wird in jedem einzelnen Falle der Wille der Parteien und die Verkehrsauffassung sein.

b) Auf Grund der so gewonnenen Erkenntnis, daß der Darlehnsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches zum mindesten Konsensualvertrag sein kann, bereitet auch die juristische Konstruktion des Vereinbarungsdarlehens gemäß § 607 Abs. 2 BGB. keine sonderliche Schwierigkeit mehr.

Die Konstruktion des Vereinbarungsdarlehns läßt sich am einfachsten so fassen:

Der Anspruch auf Rückerstattung liegt in der Abrede begründet. Mit der Willenseinigung der Parteien wird der Schuldner von der auf dem alten Schuldgrunde beruhenden Verbindlichkeit befreit und gleichzeitig als Darlehnsschuldner neu verpflichtet, indem die Zahlungspflicht des Schuldners aus der bisherigen Obligation gegen die Zahlungspflicht des Gläubigers aus der Darlehnsverbindlichkeit aufgerechnet wird[60]). Wirtschaftlich-technisch betrachtet sieht die Sache so aus, daß mit der Vereinbarung eine Umbuchung von dem ursprünglichen Konto (Warenkonto oder dergl.) auf Darlehnsschuldkonto Hand in Hand geht.

c) Bevor ich in die Besprechung der sich aus der von mir vertretenen Konstruktion des Vereinbarungsdarlehns ergebenden rechtlichen Folgen eintrete, werfe ich zunächst einen kurzen Blick auf die in der Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen abweichenden Auffassungen von der juristischen Konstruktion des Umwandlungsvertrages.

Das Vereinbarungsdarlehen wird von Reichel[61]), der sich auch an anderer Stelle[62]) eindeutig für die konsensuale Natur des Darlehnsvertrages entscheidet, ähnlich konstruiert. Er sieht in der auf die Entstehung der Darlehnsschuld gerichteten Willenseinigung der Beteiligten die Uebernahme der Schuld an Erfüllungsstatt, d. h. die gleichzeitige Befreiung des Schuldners von seiner alten Verbindlichkeit. Diese Konstruktion führt rechtlich zu gleichen Ergebnissen, nämlich zur Schuldgrundumwandlung kraft Vereinbarung. Wesentlich ist auch hier die Parteiabsicht, die auf die Neuerung des Schuldgrundes in dem Sinne gerichtet ist, daß statt der alten und nicht neben der alten Obligation die neue materielle Schuld Geltung haben soll.

---

60) So auch Kohler, Lehrb. II § 128 IV, 1.
61) Reichel a. a. O. S. 490.
62) Reichel, Mäklerprovision S. 20.

Zu anderen Ergebnissen gelangt Klemperer[63]) der sich als einer der ersten mit dem Problem des Vereinbarungsdarlehns beschäftigt hat. Neben Stundung und Begründung einer abstrakten Schuld erkennt auch er die Möglichkeit der Konstituierung eines materiellen Darlehns an. Als Anhänger der Theorie der realen Vertragsnatur des Darlehns konstruiert er[64]) die Anspruch begründende Valuta-Hingabe mit der vertragsmäßigen Aufrechnung mit einer schon bestehenden Schuld, einer conventio, ut credita pecunia fiat. Er nähert sich damit, wenn auch von anderen Voraussetzungen ausgehend, der oben von mir vertretenen Auffassung. Die Bezeichnung dieses Rechtsgeschäftes als Novation lehnt Klemperer mit der gleichen Begründung wie Bähr[65]) ab. Die Novation sei keine Schuldgrundumwandlung, sondern die Verwandlung einer kausalen Schuld in eine abstrakte.

Crome[66]) läßt die Möglichkeit der Begründung eines materiellen Darlehens durch Umwandlungsvertrag als selten praktisch werdenden Fall zu. Er konstruiert als Anhänger der Theorie, das Darlehen ist Realkontrakt, die den Anspruch auf Rückerstattung begründende res unter Anerkennung ihrer unveränderten Bedeutung im geltenden Recht gegenüber dem römischen Recht mit der Fiktion der duplex numeratio[67]). Aber in der Zuhilfenahme der Fiktion liegt das Eingeständnis, daß die juristische Konstruktion versagt[68]). Es ist schließlich sehr fraglich, ob nicht bei Annahme der duplex numeratio gemäß dem Willen der Parteien die nicht klagbaren Schulden getilgt werden und damit der willkürlichen Umgehung der Bestimmungen der §§ 518 Abs. 1 S. 1, 762 Abs. 2, 656 Abs. 2 BGB. und § 66 BörsG., ebenso wie der Formvorschriften der §§ 518 und 761 BGB. Tür und Tor geöffnet würde, zumal Klemperer ausdrücklich den Ausschluß des Spieleinwandes gegen die durch fingierte Hin- und Herzahlung entstandene Darlehnsforderung konstatiert[69]).

Siber[70]) lehnt die Zulässigkeit der Aufrechnung nach der von Klemperer vertretenen Auffassung ab. Er will der realen Natur des Darlehnsvertrages mit der Anerkenntnis des Nichtbestehens der alten Schuld gerecht werden. Hierin sieht er das

---

63) Klemperer zu § 607 Abs. 2 BGB. in Gruch. Beitr. Bd. 43 S. 567 ff.

64) a. a. O. S. 576.

65) a. a. O. S. 275 ff.

66) a. a. O. S. 272.

67) Aehnlich auch Freytag a. a. O. S. 56; Schollmeyer a. a. O. S. 388 u. a. Dieser Konstruktion folgend OLG. Braunschweig in einer Entscheidung vom 28. Dezember 1893 (Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 158).

68) So auch Martin a. a. O. S. 9.

69) a. a. O. S. 578; Rümelin a. a. O. S. 256, läßt diese Frage offen; Schollmeyer a. a. O. S. 88 geht auf sie nicht ein.

70) Siber, Kompensation und Aufrechnung S. 135.

reale Moment der Hingabe als gewahrt. Diesem Anerkenntnis steht die Schuld des Darlehnsnehmers ungleichartig gegenüber, und diese Ungleichartigkeit der Forderungen schließt eine Kompensation aus. Welsch[71]) schließt sich im wesentlichen der soeben geschilderten Siberschen Auffassung hinsichtlich der Konstruktion des Darlehnsvertrages durch Vereinbarung an, für die er eine Stütze in § 812 Abs. 2 BGB. findet. Hiernach gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses als Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB. Siber sieht ebenso wie Klemperer in der Befreiung von der alten Schuld den realen rechtlichen Vorteil, der materiell den Darlehnsanspruch begründet.

Auch vom Standpunkt der realen Vertragsnatur des Darlehns halte ich diese Konstruktion nicht für richtig, weil dem Erfordernis des Gesetzes hinsichtlich des Objektes nicht Genüge geleistet ist, Die Anerkennung als reale Hingabe ist eine unvertretbare Leistung und kann somit nicht Gegenstand einer Darlehnsschuld sein. Es kann dagegen nicht eingewandt werden[72]), daß hier eine Ausnahme von dem Grundsatz vorliegt, daß nur durch die Hingabe vertretbarer Sachen eine Darlehnsschuld begründet wird. Die Vorschrift, daß nur Geld oder andere vertretbare Sachen Objekte eines Darlehnsvertrages sein können, gehört zum Darlehnsbegriff, und der Begriff leidet keine Ausnahme. Die Auffassung, daß nicht der Erlaß selbst, sondern nur der Wert des Erlasses hingegeben werde, ist bereits von Siber[73]) widerlegt worden.

Neuerdings vertritt Kreß[74]) die Theorie, daß bereits in dem Bestand der alten Schuld die zur Darlehnsbegründung erforderliche Wertüberlassung liege. Kreß folgert dies aus dem Wortlaut des § 607 Abs. 2 BGB.: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen .... schuldet ...“ Hierin liegt nach Kress bereits die Uebertragung des Kapitalwertes[75]). Als Anhänger der Realvertragstheorie für das Darlehen kommt er dann zu dem Schluß, daß in der Wertüberlassung das reale Moment nicht gewahrt sei und daß deshalb der alte Vertrag nur unter Abänderung der aus ihm erwachsenen Rechte und Pflichten nach Darlehnsgrundsätzen fortgesetzt werde. Damit leugnet Kreß überhaupt die Begründung eines materiellen Darlehns durch Vereinbarung gemäß § 607 Abs. 2 BGB.

d) In der Wissenschaft ist also der Streit über das Wesen und die rechtliche Konstruktion des Vereinbarungsdarlehns bis heute noch nicht ausgetragen. Dieser Streit spiegelt sich auch in der Rechtsprechung wider. Konstant hat das Reichsgericht an dem

71) a. a. O. S. 56 f.
72) So Welsch a. a. O. S. 56.
73) Siber a. a. O. S. 135.
74) Kreß a. a. O. S. 275.
75) Soweit in Uebereinstimmung mit den Vertretern der Theorie von der konsensualen Natur des Darlehnsvertrages.

Grundsatz festgehalten, daß für die Vereinbarung einer materiellen Darlehnsschuld gemäß § 607 Abs. 2 BGB. der erkennbare Wille der Parteien verlangt werden muß [76]) an die Stelle des alten Schuldverhältnisses ein kausales Darlehen zu setzen. Diesen wahren Fall des Vereinbarungsdarlehns bezeichnet das Reichsgericht ebenso wie den nur scheinbaren Fall, wo die Absicht der Parteien auf die Begründung einer abstrakten neuen Verbindlichkeit gerichtet ist, vielfach als Novation [77]).

Auch für das Zustandekommen einer solchen abstrakten Schuld erkennt das Reichsgericht die Bestimmung des § 607 Abs. 2 BGB. in den Fällen als gesetzliche Grundlage an, in denen nach dem Willen der Beteiligten diese Schuld darlehnsweise besteht. Es fordert jedoch hierfür, abgesehen von dem Tatbestand der Abrechnung (§ 782 BGB.), die Beobachtung der schriftlichen Form unter Berücksichtigung der zwingenden Vorschriften der §§ 780, 781 BGB. [78]).

Während das Reichsgericht weniger scharf die Fälle voneinander abgrenzt, in denen der Parteiwille entweder auf die Begründung einer materiellen Darlehnsschuld oder auf das Zustandekommen einer abstrakten Verbindlichkeit gerichtet ist, sondert es diese Tatbestände streng von dem auf Abänderung des Inhaltes der fortbestehenden Schuld gerichteten Vertrag ab, dessen gesetzliche Regelung durch die Vorschrift des § 607 Abs. 2 BGB. das Reichsgericht aber ausdrücklich anerkennt. Dabei geht es von der Rechtsauffassung aus, daß von einer Schuldumwandlung in dem Sinne, daß auf die ursprüngliche Forderung nicht mehr zurückgegriffen werden darf, nur dann die Rede sein kann, wenn nach dem Parteiwillen der Anspruch von dem Rechtsgrunde völlig losgelöst und ihm eine neue rechtliche Grundlage gegeben werden soll. Eine Vereinbarung gemäß § 607 Abs. 2 BGB. des Inhaltes, daß der Schuldbetrag nach Darlehnsgrundsätzen geschuldet werden soll, sei für sich allein nicht ausreichend, dem Anspruch seinen ursprünglichen Rechtscharakter zu nehmen. Das Reichsgericht nähert sich damit der auch in der Wissenschaft vertretenen Auffassung, daß in Zweifelsfällen ein lediglich auf die Abänderung des Inhaltes der alten Schuld gerichteter Parteiwille zu unterstellen sei [79]).

76) RG. in JW. 1928 S. 166. Hier wird darauf hingewiesen, daß es auf objektive Merkmale nicht ankommt. Es sei vielmehr Sache einer den Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB. gerecht werdenden Auslegung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles den wahren Willen der Parteien zu erforschen. Dabei entscheide nicht der „innere" Wille (§ 116), maßgebend sei vielmehr der „erklärte" Wille. Vgl. auch RGZ. 113, 205; RG. in JW. 1926, S. 1661; 1927 S. 35; S. 760; RGZ. 62, 52; 67, 264; RG. in JW. 1928 S. 55; 1931 S. 3585.

77) RG. in JW. 1928 S. 55; 1931 S. 3585; RG. in Seuff. Arch. Bd. 85. Nr. 43.

78) RGZ. 78, 163, 169.

79) Vgl. RG. in Seuff. Arch. Bd. 85 Nr. 43 und die hier zitierten weiteren Entscheidungen.

Zur Klarstellung des höchstrichterlichen Standpunktes sei auf folgende Stellen aus den Erkenntnissen des Reichsgerichts hingewiesen: RG. in JW. 1928 S. 55; RGZ. 113 S. 201; RG. in JW. 1927 S. 2503; RG. in Seuff. Arch. Bd. 81 Nr. 201.

e) Sehr umstritten ist die Frage, ob man, wie oben bereits erwähnt, das Vereinbarungsdarlehen gemäß § 607 Abs. 2 BGB. als Novation bezeichnen kann [80]). Da das BGB. die Novation als besonderes Rechtsinstitut nicht kennt, finden wir in ihm auch keine Begriffsbestimmung desselben. Die Bezeichnung eines rechtlichen Vorganges als Novation kann daher auch nur im Sinne eines Vergleiches mit dem gleichnamigen Rechtsgeschäft des römischen und gemeinen Rechtes geschehen.

Die Novation des corpus iuris civilis [81]) ist die Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen in einem einheitlichen Akte. Sie ist nicht eine auf dasselbe Ziel gerichtete Obligation, die nur in einer anderen Form in die Erscheinung tritt, sondern sie ist auch substantiell ein aliud [82]). Nur wirtschaftlich kann man bei ihr von einer Umwandlung der alten Schuld reden, juristisch dagegen liegt in ihr die Schaffung einer völlig neuen selbständigen Verbindlichkeit. Voraussetzung der Novation [83]) ist einerseits der gültige Bestand der älteren Obligation, die aufgehoben wird. Diese braucht nicht notwendig klagbar zu sein; eine Naturalobligation genügt. Andererseits umfaßt die Novation die Begründung einer neuen Obligation, von deren Entstehung erst die Tilgung der anderen abhängig ist. Wesentliches Erfordernis für die Novation ist der wenn auch nicht ausdrücklich erklärte animus novandi [84]).

Die neue Schuld wird mit Hilfe der stipulatio begründet. Sie ist abstrakte Formalobligation, ihre Wirkung bestimmt sich somit nicht nach der Absicht der Parteien. Darin unterscheidet sie sich von dem im BGB. herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Das geltende Recht kennt kein Rechtsinstitut, das allein durch sein objektives Zustandekommen ein Rechtsverhältnis zum Erlöschen

80) Dernburg, Bürgerl. Recht II § 25; II, 2 § 234 IV, vertritt den Standpunkt, daß die Umwandlung, soweit sie auf die Schaffung eines Darlehns gerichtet ist, den „reinsten Fall" der Novation darstellt. In ähnlichem Sinne Planck § 607 Anm. 8 e und v. Tuhr II, 1 § 47; a. A. dagegen Kohler, Lehrb. II, 1 S. 182, der die Novation für das geltende Recht überhaupt ablehnt. Ebenso Stoll in JW. 1928 S. 962; Holbeck a. a. O. S. 42; Welsch a. a. O. S. 56; Clausen a. a. O. S. 92.

81) 46, 2: de novationibus et delegationibus; l. 1: pr. D: novatio est prioris debiti ...

82) Vgl. Windscheid, Pand. II § 354 Anm. 1.

83) 46, 2: de novationibus et delegationibus. l. 1, 1 D: illud non interest ...

84) Vgl. Arndts Pand. 8. Aufl. § 268 Anm. 5; Windscheid II § 354 Anm. 15.

bringt. Es ist stets die begleitende formlose Einigung, aus der die Bedeutung auch der abstrakten neuen Schuld für den Bestand der alten zu entnehmen ist[85]). In dem wahren Fall des Vereinbarungsdarlehns handelt es sich, wie bereits nachgewiesen ist, nicht um das Zustandekommen einer abstrakten Verbindlichkeit, sondern um die Begründung einer materiellen Darlehnsschuld, um einen auf die Umwandlung des Schuldgrundes gerichteten Vertrag. Eine Neuerung des Schuld g r u n d e s ohne Loslösung vom alten durch Verselbständigung war dem römischen Recht und nach herrschender Meinung dem gemeinen Recht aber nicht bekannt[86]).

Auch in anderer Hinsicht ist ein Vergleich zwischen dem Vereinbarungsdarlehen gemäß § 607 Abs. 2 BGB. mit der römischrechtlichen Novation irreführend. Wie wir gesehen haben, war der Zweck der Novation die Aufhebung der alten Obligation durch Begründung der neuen solvendi causa. Im Falle des Vereinbarungsdarlehns ist die Aufhebung der alten Schuld lediglich eine Folge der Begründung einer neuen credendi causa. Ich halte es deshalb mit K o h l e r[87]) und S t o l l[88]) für nicht angebracht, die Konstruktion des Vereinbarungsdarlehns des § 607 Abs. 2 BGB. mit der Novation des römischen Rechtes bzw. des gemeinen Rechtes zu vergleichen[89]).

2.

R e c h t s f o l g e n.

Der Streit der Theorien entbehrt nicht der praktischen Bedeutung; denn je nachdem welche Ansicht man vertritt, wird die Tragweite der sich aus der Vereinbarung ergebenden Rechtswirkungen verschieden sein.

a) Auf Grund der von mir vertretenen Auffassung von der rechtlichen Natur des Vereinbarungsdarlehns gemäß § 607 Abs. 2 BGB. untersuche ich die Wirkungen der Abrede zunächst in materiellrechtlicher Beziehung.

α) Die wichtigste, sich hier aufdrängende Frage lautet: „Inwieweit wirken sich M ä n g e l der alten Schuld auf das nach der oben geschilderten Konstruktion zustande gekommene Vereinbarungsdarlehen aus?“

aa) Das Gesetz setzt ausdrücklich für die Wirksamkeit des Zustandekommens der vereinbarten materiellen Darlehnsschuld den Bestand einer gültigen Verbindlichkeit voraus. Aus einer nichtigen Schuld kann demnach eine gültige Darlehnsschuld nicht entstehen. Dieser vom Gesetz geforderten Voraussetzung wird man nach der

---

85) Vgl. S t o l l in JW. 1928 S. 965.
86) Vgl. B ä h r a. a. O. S. 275 ff.
87) K o h l e r, Lehrb. II S. 182.
88) S t o l l in JW. 1928 S. 962.
89) Vgl. E n n e c c e r u s I, 2 § 362 III.

von mir geschilderten Auffassung von der juristischen Konstruktion des Vereinbarungsdarlehns durchaus gerecht; denn die die Hingabe des Geldes darstellende Aufrechnung der Geldzahlungspflichten von Schuldner und Gläubiger setzt voraus, daß sich solche Pflichten auch wirklich gegenüberstehen.

Dies ergeben bereits die Motive, die ausdrücklich bestimmen, die Vorschrift setze an sich die einwandfreie Verbindlichkeit der Schuld voraus [90]). Eine den Darlehnsvertrag begründende Willenseinigung liegt eben nur dann vor, wenn der Inhalt des Willens sich auf eine gültige Schuld bezieht, da es sich anderenfalls um einen Willen ohne rechtserheblichen Inhalt handeln würde.

Liegt der Vereinbarung ein Rechtsverhältnis zugrunde, das eine gültige Verbindlichkeit nicht begründet, bei dem aber bereits Geleistetes nicht kondiziert werden kann (§§ 518 Abs. 2, 762 Abs. 1, 656 Abs. 1, § 66 BörsG.), so dürfte ebenfalls der Darlehnsvertrag nicht wirksam sein, es sei denn, daß eine Aussprache über die mangelnde Verbindlichkeit erfolgt ist.

bb) Anfechtbare Verpflichtungen sind solange vollgültig, bis die materielle Rechtslage durch die einseitige Willenserklärung der Anfechtung geändert wird. Die Anfechtung hat gemäß § 142 Abs. 1 BGB. Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes mit rückwirkender Kraft zur Folge. Die Anfechtung ist nach der Vorschrift des § 144 BGB. auch bei nur formloser Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes ausgeschlossen. Wird das Vereinbarungsdarlehen von dem Schuldner in positiver Kenntnis der Anfechtbarkeit der alten Obligation begründet, so ist hierin die stillschweigende Bestätigung derselben zu erblicken [91]). Der Darlehnsvertrag ist dann der Anfechtung entzogen; es liegt in der stillschweigenden Bestätigung ein Verzicht auf das Recht der Geltendmachung der Anfechtung.

Anders dagegen, wenn der anfechtungsberechtigte Schuldner in Unkenntnis der Anfechtbarkeit des bisherigen Schuldverhältnisses die Vereinbarung getroffen hat und erst nach Erlangung der Kenntnis von der Anfechtbarkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes die Anfechtung erklärt. Mit der Anfechtung ist auch die Darlehnsschuld alsdann in ihrer rechtlichen Existenz ex tunc nichtig [92]). Diese Folgerung ergibt sich aus der Auffassung des Vereinbarungsdarlehns als einer Kompensation von zwei gleichartigen, d. h. auch gleichwertigen Forderungen.

β) Nächst solchen direkten Mängeln der alten Schuld wird es von Bedeutung, ob eine an sich mängelfreie Verbindlichkeit durch Einreden beeinträchtigt wird, und wie sich die Einreden auf das durch Vereinbarung begründete Darlehen auswirken.

---

90) Motive Bd. II S. 312.
91) Vgl. Endemann S. 1198.
92) Oertmann § 607 Bem. 2b; Clausen S. 82.

aa) Ist die alte Schuld im Zeitpunkt der Vereinbarung verjährt, so besteht sie zwar fort, jedoch kann die Leistung rechtlich nicht erzwungen werden, wenn von der Gegenseite die Dauereinrede der Verjährung geltend gemacht wird. Es besteht demnach nur eine abgeschwächte Zahlungspflicht, der auch nur eine solche zur Aufrechnung gegenüberstehen kann. Durch die Vereinbarung geht daher das Recht, die Verjährungseinrede geltend zu machen, nicht verloren; die Einrede kann vielmehr im Sinne des § 222 Abs. 1 BGB. auch später uneingeschränkt vorgebracht werden. Ein vertragsmäßiges abstraktes Anerkenntnis, das nach § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB. die Verjährungseinrede beseitigen würde, habe ich bereits oben für den wahren Fall des Vereinbarungsdarlehns gemäß § 607 Abs. 2 BGB. abgelehnt.

bb) Ganz anders ist die Wirkung der Vereinbarung auf die weitere Geltendmachung der aufschiebenden Einreden gegenüber der alten Schuld. Diese lassen die Schuld an sich unberührt, sie üben ihre Wirkung lediglich auf den Zeitpunkt der Leistung aus, wie z. B. die Einrede der Stundung. Diese aufschiebenden Einreden gehen mit der Vereinbarung der materiellen Darlehnsschuld unter und können auf das neue kausale Schuldverhältnis nicht überspringen [93]).

γ) Von besonders praktischer Bedeutung ist die Wirkung der Einigung auf die für die alte Schuld etwa bestehenden Nebenrechte, wie Bürgschaften, Pfandrechte und dergleichen.

aa) Gemäß § 1210 Abs. 1 BGB. haftet das Pfand für die Forderung in deren jeweiligem Bestand. Es erlischt nach § 1252 BGB. mit der Forderung, für die es begründet ist. Da im Falle des Vereinbarungsdarlehns die Urforderung durch die Aufrechnung der gegenseitigen Geldzahlungspflicht mit ihrer liberatorischen und obligatorischen Wirkung untergeht, erlischt auch gleichzeitig das für sie bestellte Pfandrecht [94]).

bb) Das gleiche gilt hinsichtlich der für die Urforderung eingegangenen Bürgschaften. Nach der Bestimmung des § 767 Abs. 1 BGB. ist für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Erlischt die Hauptverbindlichkeit, so teilt auch die Bürgschaft ihr Schicksal und geht ebenfalls unter; folglich auch im Falle des Vereinbarungsdarlehns. Diesen Nachteil kann der Gläubiger nur durch vertragsmäßige Neubegründung der Sicherheiten mit dem Eigentümer der Pfandsache bzw. mit dem Bürgen beseitigen.

---

93) a. A.: Clausen a. a. O. S. 75. Ihm ist entgegenzuhalten, daß der Verzicht auf die aufschiebenden Einreden zwingend bereits in der Vereinbarung enthalten ist.

94) a. A. Kreß a. a. O. S. 155 Anm. 27; Holbeck a. a. O. S. 61 mit der Begründung, daß der Gegenstand der Schuld der gleiche geblieben sei.

Er tauscht gegen ihn den in der Regel gleich großen Vorteil der 30 jährigen Verjährungsfrist, der seine Forderung inskünftig gemäß § 195 BGB. unterliegt, mit allen sonstigen Rechten aus dem Darlehnsvertrage ein.

b) Auch in prozessualer Hinsicht ergeben sich für das Vereinbarungsdarlehen recht interessante Konsequenzen.

Hier wird insbesondere der Unterschied zwischen der Substantiierungstheorie und der Individualisierungstheorie praktisch. Bereits am Anfang der vorliegenden Arbeit ist auf den vom Gesetzgeber verfolgten Hauptzweck der Aufnahme des § 607 Abs. 2 BGB. hingewiesen worden. Die Vereinbarung zielt, wie ich nachgewiesen habe, darauf, daß an die Stelle des alten Schuldgrundes eine materielle Darlehnsschuld treten soll. Damit tritt gleichzeitig für etwaige Klagen auch ein Wechsel im Klaggrund ein. Der Gläubiger stützt fortan im Falle einer Klage seinen Anspruch auf den Abschluß eines Darlehnsvertrages, den er nur zu behaupten braucht. Er ist nach durchaus in der Praxis vorherrschender Meinung nicht verpflichtet, das individualisierte Rechtsgeschäft als Klaggrund anzugeben. Geht er dennoch im Prozesse auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis zurück, so liegt hierin keine unzulässige Klagänderung [95]).

Bestreitet der Gegner die Darlehnsschuld, so hat der Gläubiger den Abschluß des Vertrages und damit auch den gültigen Bestand der mit der Vereinbarung zur Aufrechnung gebrachten Geldzahlungspflichten zu beweisen [96]). Ein gegebenenfalls ausgestellter Darlehnsschuldschein hat lediglich die Bedeutung eines Beweismittels im Sinne des § 440 Abs. 2 ZPO. Der Anspruch selbst kann auf ihn nicht gestützt werden. Erkennt der Schuldner zwar die Echtheit der Urkunde an, während er den gültigen Bestand der alten Schuld bestreitet, so tritt damit eine Umkehrung der Beweislast ein. Der Schuldner ist nunmehr beweispflichtig. Dem Darlehnsschuldschein kommt die Bedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses zu [97]).

---

95) Vgl. RG. in Gruch. Beitr. Bd. 35 S. 1196; Planck § 607 Bem. 8 f.

96) Vgl. RG. in JW. 1905 S. 318.

97) Vgl. Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis I S. 341.